





العُرف

حقيقته وحجيته وأثره في الفروع

مقدم البحث

الطالب / يحيى جابر أسعد المشنوي

مشرف البحث

د. خالد بن محمد علي العبيدات

١٤٤٠هـ

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، نحمده حمداً كثيراً ، ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهد الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد ، المبعوث بالهدى ودين الحق رحمة للعالمين ، نفعنا الله بشفاعته ، وحشرنا مع الأتقياء البررة أهل التقوى والمغفرة .

وبعد :

فقد أكرم الله سبحانه وتعالى الإنسان بالعلم بعد الجهل وبالنور بعد الظلام ، وقذف في قلوب العلماء بأنوار الأدلة ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين) ، ومن هنا عظمت عناية الأمة بكتب الفقه والتشريع مبينة عظمة الفقه الإسلامي ودوره في رعاية مصالح العباد على اختلاف أزمنتهم ، واعتبار أعراف الناس الصحيحة وتطبيق أحكام الله فيه .

أهمية الموضوع وسبب اختياره :

إن الميزة المميزة والخصيصة الكبرى للشريعة الإسلامية هي العدل والوسطية، فليس من طبيعة الشريعة الإسلامية أن تستجيب لأي نوع من أنواع التغيرات في كل حين وآن، ولا أن تعترف بكل أمر أصبح رائجاً وسار عليه الناس حتى ولو كان مغايراً ومتناقضاً مع المصالح البشرية والقيم الخلقية، لأن ذلك ليس من مراعاة المصالح الإنسانية ، بل هو استسلام وخضوع للمفاسد ، والإسلام لا يسمح بذلك قطعاً، ولكن القانون المرتسم للبقاء هو النظام الذي يعيش مع الناس مشكلاتهم ويعينهم على حلها، ولتحقيق ذلك يلزمه قبول أعراف الناس وتعاملهم الاجتماعي في إطار خاص، وبناءً على ذلك بنيت كثير من أحكام الفقه الإسلامي على أعراف العصر، ويدل على اعتبار العرف الكتاب والسنة وآثار الصحابة والقياس، كما يتفق على اعتباره جميع فقهاء الإسلام ، لذا فقد طرحت عمادة التعليم الإلكتروني والتعليم عن بعد مقررات بحوث من ضمنها ، العرف حقيقته وحجيته وأثره في الفروع ، ولما لطالب العلم من حب طلب العلم فيما يزيد فيه علمه أخترت هذا البحث مستعينا بالله ، متوكلاً عليه ، وأسأل الله العون والتوفيق .

الدراسات السابقة :

عندما نظرت في المراجع والبحوث التي عنيت بالعرف والعادة وجدت أن الدراسات فيه قديماً وحديثاً لا تعد كثرة ، ولعل من أهمها :

١- نشر العُرف في بناء بعض الأحكام على العرف – تأليف الإمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الحنفي – رحمه الله – و هي عبارة عن أول مؤلف مستقل في هذا الباب وهو عمدة من أتى بعده ممّن صنّف في هذا الباب .

٢- العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي للأستاذ الكبير أحمد فهمي أبو سِنّة (ت ١٤٢٤هـ) وهي عبارة عن رسالة تقدّم بها رحمه الله لنيل درجة الدكتوراه من الأزهر الشريف .

٣- أثر العرف في التشريع الإسلامي – للأستاذ الدكتور السيد صالح عوض وهي رسالة قدّمها لِلأزهر الشريف لنيل درجة الدكتوراه و نُوقِشت عام ١٩٦٩م .

خطة البحث :

ولقد سرت في بحثي هذا على خطة البحث التي قدمها د. خالد العبيدات (المشرف على البحث) ، والتي كانت مجملة في (مقدمة ، وأربعة مباحث ، وخاتمة ، وفهارس) ومفصلة كالآتي :

المقدمة : أهمية البحث وأسباب اختياره ، الدراسات السابقة ، وتقسيمات البحث .

المبحث الأول : حقيقة العرف ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العرف ، وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : العرف لغة .

المسألة الثانية : العرف اصطلاحاً .

المسألة الثالثة : العرف والعادة .

المطلب الثاني : أقسام العرف ، وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : باعتبار سببه ومتعلقه (قولي ، عملي) .

المسألة الثانية : باعتبار من يصدر عنه (عام ، خاص) .

المسألة الثالثة : باعتبار حكمه (صحيح ، وفاسد) .

المبحث الثاني : حجية العرف ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أقوال العلماء في حجية العرف .

المطلب الثاني : أدلة اعتبار العرف .

المطلب الثالث : شرائط اعتبار العرف .

المبحث الرابع : أثر العرف في المسائل الفقهية .

الخاتمة : وتتضمن أهم النتائج والتوصيات .

الفهارس .

منهج البحث :

وأما المنهج الذي سرت عليه في هذا البحث :

١- فقد اطلعت على بعض أهم المصادر والمراجع التي جاءت ضمن خطة البحث واستعنت بموقع المكتبة الشاملة على ذلك وجمعت ما استطعت جمعه من هذه المراجع ، واستعنت كذلك بمراجع اخرى بينتها في الحاشية ، وفي فهرس المصادر آخر البحث .

٢- ما نقلته نصاً من المصادر فإني أخرجه في الحاشية بذكر اسم الكتاب ، والجزء والصفحة .

٣- عزوت الآيات القرآنية إلى سورها ، مع ذكر رقم الآية ، وجعلت العزو في المتن لئلا أثقل الحاشية بكثرة التوثيق .

هذا ما استطعت جمعه وما كان من توفيق فمن الله المنان ، وما كان من تقصير فمن نفسي والشيطان والله المستعان .

المبحث الأول : حقيقة العرف ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العرف ، وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : العرف لغة :

يطلق العرف في اللغة على معانٍ عديدة منها ماهو حقيقي ومنها ماهو مجازي ، أما معانيه الحقيقة فتنبئ عن الظهور والوضوح والارتفاع كالمعروف والجود وماتعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه ،وأما معانيه المجازية فمنها إطلاقه على أعراف الريح والسحاب والضباب مراداً به أوائلها ، ومنها اطلاقه على موج البحر[١] .

وذكر أبا الحسين أحمد بن فارس أن مادة الكلمة (ع ر ف) أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض ، والآخر على السكون والطمأنينة فالأول العرف : عرف الفرس ، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه ، فيقال : جاء القَطا عُرفاً عُرفاً ، أي بعضها خلف بعض ، والأصل الآخر المعرفة والعرفان ، فتقول عَرِف فلانٌ فلاناً عرفاناً ومعرفة ، وهذا أمر معروف وهذا يدل على سكونه إليه[٢] .

وقد وردت كلمة العرف في القرآن ، قال تعالى : {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ} (الأعراف :١٩٩) ، قال الزمخشري : العرف هو المعروف الجميل من الأفعال ، قال الشاعر :

إن ابن زيد مازال مستعملاً للخير يفشي في مصره العرفا

وقال صاحب (لسان العرب): والعرف والمعروف الجود ، وقيل هو اسم لما تبذله وتسديه،والمعروف كالعرف ، وقوله تعالى: {وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا}(لقمان : ١٥) مصاحباً معروفاً .
والعرف والعارفة والمعروف ضد المنكر وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به- أي تُسَرُّ - وتطمئن إليه.
وقال الزجّاج: المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال.
وقال ابن منظور: وعُرف الأرض ما ارتفع منها، والجمع أعراف، وأعراف الرياح والسحاب أوائلها وأعاليها، وأحدها عُرف[٣] .

---

(١) القاموس المحيط (٨٣٦/١) .
(٢) معجم مقاييس اللغة (٢٨١/٤) .
(٣) لسان العرب (٢٣٩/٩-٢٤٢) .

المسألة الثانية : العرف اصطلاحاً :

وردت تعريفات كثيرة في تعريف العرف لدى الفقهاء بعضها قريب من بعض منها:

١- تعريف حافظ الدين النسفي (ت/٧١٠) في المستصفى[١] :(العرف : هو ماستقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول) ، ويعتبر هذا التعريف من أقدم ماقيل في العرف كما ذكر ذلك الشيخ أبو سنة [٢] .

٢- ويعرف أيضاً بأنه :(ماأستقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لاترده الشريعة وأقرتهم عليه)[٣] .

المسألة الثالثة :العرف والعادة :

العادة كما في لسان العرب :(الديدن) والديدن الدأب والاستمرار على الشيء ، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى[٤] ، قال تعالى : (وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ وَإِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ){الأنعام:٨} ، قال ابن عابدين في مجموعة : (العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاه بالقبول من غير علاقة ولاقرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صدق وإن اختلفا من حيث المفهوم)[٥] ، فالمستفاد بأن معنى العادة ومعنى العرف بينهما تقارب وتداخل ، فمن العلماء من قال هما بمعنى واحد ومنهم من فرق بينهما بحيث أن العرف متعلق بالقبول ، والعادة متعلقة بالفعل ومنهم من قال أن بينهما عموم وخصوص مطلق ، فالعادة أعم من العرف مطلقاً حيث تطلق على العرف وعلى العادة الفردية فيكون كل عرف عادة وليس كل عادة عرف[٦] .

---

١ -المستصفى في فقه الحنفية للنسفي. (مخطوط بدار الكتب المصرية).
٢ -العرف والعادة في رأي الفقهاء. (٨) (ط/الأزهر-١٩٤٧).
٣ -أثر العرف في التشريع الاسلامي.(٥٢).
٤ -لسان العرب لأبن منظور(٩٥٩).
٥ -نشر العرف من مجموعة رسائل ابن عابدين(١١٤/٢).
٦ -القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير(٢٩٩/١).

المطلب الثاني : أقسام العرف ، وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : باعتبار سببه ومتعلقه (قولي ، عملي) :

١- العرف القولي (أي لفظي) :

القول هو : اللفظ المركب في القضية الملفوظة[١] ، والمراد به الكلام ، فالعرف القولي هو : العرف الكلامي أو اللفظي .

وفي الاصطلاح : يطلق العرف القولي على شيوع استعماله بين الناس في بعض الألفاظ ، أو التراكيب في معنى معين بحيث يكون هو المتبادر إلى الأذهان من دون قرينة أو علاقة عقلية .

والعرف قد يكون في المفردات وقد يكون في الجمل والتراكيب ، ففي المفردات قد يكون المتبادر بعض المدلول اللغوي أو أعم منه كإطلاق لفظ (الولد) على الذكر من بني الإنسان ، مع أنه في اللغة يشمل الذكر والأنثى ، وكإطلاق الدراهم على جميع النقود الرائجة في البلد ، سواء كانت دنانير أو دراهم أو قروشاً ، مهما كان نوعها وقيمتها حتى الورق النقدي اليوم مع أن الدراهم في الأصل محدودة بما سُكّ من الفضة بوزن معين وقيمة محدودة[٢] .

٢- العرف العملي :

والمراد من العملي ماكان المتعارف عليه من الأعمال ، كعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية ، كالأكل والشرب واللبس والحرث والزروع ونحو ذلك ، والمعاملات المدنية كالبيع والنكاح والقبض والأداء ..الخ[٣] .

المسألة الثانية : باعتبار من يصدر عنه :

ينقسم بهذا الاعتبار إلى عرف عام ، وعرف خاص .

---

[١] - التعريفات للجرجاني (١٥٨) .
[٢] - المدخل الفقهي للزرقاء (٢/٨٤٥) .
[٣] - المدخل الفقهي للزرقاء (٢/٨٤٦-٨٤٧)

- العرف العام :

العام في اللغة الشامل ، يقال عم الشيء عموماً شمل الجماعة[1] ، وفي اصطلاح الأصوليين ذُكرت فيه تعريفات كثيرة أعد من أفضلها أنه : اللفظ المستغرق لجميع مايصلح له .

والعرف العام كما عرفه ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) هو : ماتعارفه عامة أهل البلاد قديماً أو حديثاً [2] ، والمراد بعامة أهل البلاد أي البلاد الإسلامية ، بناءً على أن (أل) في البلاد للعهد ، والمعهود البلاد الإسلامية ، والمراد بقوله قديماً أي في عصر الرسالة والإجتهاد ، وقوله حديثاً أي في عصر التقليد ، كما فسر ذلك الشيخ ابو سنة[3] .

لكن ابن عابدين رحمه الله ذكر في رسالته (شفاء العليل وبلّ الغليل) أن العرف العام هو (ماتعامله المسلمون من عهد الصحابة إلى زمننا ، وأقره المجتهدون وعملوا به بناءً على التعارف ، وإن خالف القياس ، ولم يرد به النص ، ولا قام عليه دليل[4] .

ومن أمثلة هذا العرف بيع المعاطاة كأن يأتي مريد الخبز إلى الخباز ويعرف أن أربع حبات من الخبز بريال فيأخذ العدد المحدد للريال ويدفع الريال من غير كلام وهو صحيح عند أهل العلم ، وكعقد الاستصناع ، ودخول الحمام بدون تعيين زمن المكث وقدر الماء[5] .

١- العرف الخاص :

الخاص في اللغة المنفرد ، يقال خصصة وأختصه أفرده به دون غيره[6] .

والعرف الخاص هو : ماتعامله بعض المسلمين أو فئة من الناس دون أخرى .

ومن أمثلة هذا العرف كمصطلحات علماء الأصول في الخاص والعام والمطلق

---

[1] - القاموس المحيط .
[2] - العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٩) .
[3] -المصدر السابق
[4] - شفاء العليل وبلّ الغليل من مجموعة رسائل ابن عابدين(١٨٦/١)
[5] - العرف وأثره في التشريع الإسلامي(١٠٧) .
[6] - لسان العرب .

والمقيد والظاهر والنص وغيرها ، وكعلماء النحو لفظ الرفع ، وكأصحاب الحرف المتنوعة ، من تجارة ، أو صناعة ، أو زراعة ، ومثل هذا العرف يكون حجة في حق أهله الذين تعارفوه فقط[١] .

ومن الجدير بالذكر أن الشيخ أبو سنه قد أفرد العرف الشرعي بالكلام وجعله أحد الأقسام الداخلة في أقسام العرف التي قسم بها العرف بهذا الاعتبار ، ونحن نرى أنه يدخل في العرف الخاص وإن كان التنويه به حسناً إلا أنه لايشكل قسماً ثالثاً وإلا وجب أن نعتبر العرف الخاص لدى النحويين أو أصحاب الحرف أقساماً وليس كذلك[٢] .

المسألة الثالثة : أقسام العرف باعتبار حكمه (صحيح ، وفاسد) :

١- العرف الصحيح :

هو الذي لا يخالف قواعد الشريعة ، أو نصوصها سواء كانت جالبة لمصلحة أو دافعة لمفسدة ومن أمثلة هذه العادات والأعراف ماجرى بين الناس من وقف المنقولات وتقديم الخطيب هدايا لخطيبته دون أن تحتسب من المهر ، ودلالات الألفاظ الجارية في الأيمان والعقود من بيع وإجارة ، وتقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل وغير ذلك من الأعراف الصحيحة التي تجري بين الناس في نظام حياتهم وحاجاتهم .

٢- العرف الفاسد :

هو ماكان مخالفاً لقواعد الشريعة ، أو مبطلاً لنصوصها ، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب[٣] ، وكالعقود الممنوعة شرعاً ، كالرهن الذي يشترط في عقده انتفاع المرتهن بالمرهون ، وكالمضاربة التي يشترط في عقدها حصول رب المال على ربح معين لانسبي[٤] ، ولايبنى على هذه الأعراف أحكام ، وهي منكرة يتحمل معتادوها أوزار أعمالهم ، وتبعاتها الشرعية .

---

[١] - أثر العرف في التشريع الإسلامي(١٤١) .
[٢] - نظرية العرف (٣٤) .
[٣] -رسائل ابن عابدين(١١٦/٢) .
[٤] - أثر العرف في التشريع الإسلامي(١٤٣).

المبحث الثاني : حجية العرف ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أقوال العلماء في حجية العرف :

يجد المتتبع لتعليلات الفقهاء شيوع التعليل بالعرف والعادة في كتبهم ، وفي أبوابها المختلفة ، وكل ذلك يشعر بأن العرف والعادة حجة يعمل بها، وتستوي في ذلك أغلب المذاهب الفقهية المعروفة .

وقد ذكر القرافي المالكي (ت٦٨٤هـ) : أنه إذا جاءت الأحكام وفقاً للعادات المتبدلة وكانت هذه العادات هي الأساس في الحكم فإن الأحكام تتبدل بتبدل هذه العادات ، وقال في جوابه على العوائد والأعراف اللذين كانا حاصلين في الأحكام الواقعة في بعض المذاهب (إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين ، بل كل ماهو في الشرعة يتبع العوائد بتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ماتقتضيه العادة المتجددة ، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد ، بل هذه قاعدة أجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها ، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد)[1] أهـ .

ونص فقهاء الأحناف على أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وفي المبسوط للسرخسي : (إن الثابت بالعرف كاثابت بالنص)[2] ، قال ابن عابدين في رسالته نشر العرف [3] :

والعرف في الشرع له اعتبار   لذا عليه الحكم قد يدار

وقال ابن القيم رحمه الله : (أن من أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرائفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلدانهم وعوائدهم وأزمنهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم)[4] .

---

[1]- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام(٢١٨-٢١٩) .
[2]- المبسوط (١٣٧/٣٠) .
[3]- رسائل ابن عابدين(١١٤) .
[4]- إعلام الموقعين عن رب العالمين(٦٦/٣) .

وقال ابن عابدين : (واعلم أن اعتبار العادة رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً ، فقالوا في الأصول في باب ماتترك به الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا ذكر فخر الإسلام ، انتهى كلام الأشباه ، وفي شرح الأشباه للبيري قال في المشروع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي[١] .

من خلال أقوال هؤلاء العلماء يتضح بأن الاحتجاج بالعرف والعادة من الأمور المتفق عليها ، وليس معنى هذا أنه مصدر للتشريع كالكتاب والسنة وهو يختلف بين مذهب ومذهب أو لعل أكثر المذاهب اعتناءً به هو الفقه المالكي ويليه الفقه الحنفي ثم الشافعي والحنبلي[٢] .

المطلب الثاني : أدلة اعتبار العرف :

اذا كانت هذه هي أقوال العلماء من مختلف المذاهب فلا بد أن يكون هناك دليل لما قالوه وسأورد فيما يلي بعض الأدلة التي ذكرت على حجية العرف :

١- قوله تعالى : (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ){الأعراف:١٩٩}.
استدل بعض العلماء كالقرافي (ت٦٨٤)[٣] ، وعلاء الدين الطرابلسي وغيرهما بظاهر هذه الآية ، قال الشيخ ابو سنة : هذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به ، فحيث أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر دل ذلك على اعتباره في الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة[٤] .

٢- قوله صلى الله عليه وسلم : (مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، ومارآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح) .

وقد تضافرت كتب الفقه وقواعده في نقل هذا الحديث ، وذكر الفقهاء أن العرف صار حجة لإثبات حكم شرعي ، وأنه صار حجة بالنص وتعامل الناس به من غير نكير أصل من الأصول ، لكن هذا الحديث إنما هو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه وليس مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم .

١-رسائل ابن عابدين(١١٥) .
٢-مالك حياته وعصره وأرائه الفقهية للشيخ أبي زهرة(٤٢٠-٤٢١) .
٣-الفروق(١٤٩/٣) .
٤-العرف والعادة في رأي الفقهاء(٢٣) .

قال الشيخ أبو سنة في الحكم على هذا الحديث بعد أن أورد الإحتمالات لمعناه قال : (وعلى كل لاينتهض دليلاً على اعتبار العرف)[1] ، إلى أن قال : (فتم بهذا أن العرف مطلقاً لايمكن أن يجعل مقياساً للخير ، كما لايمكن أن يتخذه الفقيه دليلاً على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس مالم يؤيده أصل من أصول الفقه)[2] أهـ .

المبحث الثالث : شرائط اعتبار العرف :

يتبين لنا مما سبق أن الفقهاء يعتبرون العرف والعادة ويجعلونه حجة تبنى عليه الأحكام ، ولكن لإعتبار العرف عندهم شروط إذا فقدت لم يعتبر وهذه الشرائط هي:

١- أن تكون العادة أو العرف مطردة أو غالبة :

قال السيوطي (ت٩١١هـ) : (إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا)[3] .

والمقصود بالاطراد أي أنها شائعة مستفيضة بحيث يعرفها جميع الناس في البلاد ، أو في إقليم خاص فمثلاً : من باع شيئاً وأطلق نزل على النقد الغالب فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان وإلا بطل البيع[4] .

قال الشيخ أبو سنة : (والغلبة والاطراد إنما يعتبران إذا وجد عند أهل العرف من البلاد أو الطوائف ، أما الشهرة في كتب الفقه فلا عبرة بها)[5] .

٢- أن يكون العرف عاماً :

أي في جميع بلاد الإسلام ، قال ابن نجيم في الأشباه : (هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصاً ؟ المذهب الأول)[6] .

قال الشيخ أبو سنة : (فالحاصل كما في الأشباه ، أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى من المشايخ باعتباره ، وقال ابن عابدين في رده على الأشباه عن البزازية من أن الحكم العام لايثبت بالعرف الخاص ، بأن معنى عدم اعتباره أنه

---

[1] -العرف والعادة في رأي الفقهاء(٢٦) .
[2] -العرف والعادة في رأي الفقهاء(٣٢) .
[3] - الأشباه والنظائر(٩٢) .
[4] - نظرية العرف(٥٣) .
[5] - العرف والعادة في رأي الفقهاء(٥٦) .
[6] -الاشباه والنظائر(١٠٢) .

إذا وجد النص بخلافه لايصح ناسخاً للنص ، ، ولا مقيداً له ، وإلا فقد اعتبروه في مواضع كثيرة ، منها مسائل الإيمان ، وكل عاقد وواقف وحالف يحمل كلامه على عرفه ، كما ذكره ابن الهمام[١] .

٣- أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف الذي يحمل عليه :

أي أن يكون حدوث العرف سابقاً على وقت التصرف ، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه ، سواء أكان التصرف قولاً أو فعلاً[٢] ، قال السيوطي (ت٩١١هـ) : العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر[٣] ، فإذا طرأ عرف جديد بعد اعتبار العرف السائد عند صدور الفعل أو القول لايعتبر هذا العرف ، لأنه يعمل فيما يوجد بعده لافيما مضى قبله[٤] ، فخرج بهذا أمران :

الأول : ماإذا كان العرف طارئاً على التصرف وحادثاً بعده وإن قارن العمل بمقتضاه .

الثاني : ماإذا كان سابقاً على التصرف وتغير قبل إنشائه فإنه لايحمل على كل منهما[٥] .

٤- أن لايكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع :

أي أن العرف لايكون معتبراً في التشريع إذا خالف النص الشرعي من كتاب أو سنه ، كتعارف الناس شرب الخمر ، ولعب الميسر ، ومشي النساء وراء الجنائز ، وإضاءة الشموع على المقابر وكشف بعض العورة[٦] ، وككثير مما خالف الشرع مما تعارفه الناس في الجاهلية ثم جاءت النصوص الشرعية بتحريمه .

٥- ألا يعارض العرف تصريح بخلافه :

وهذا الشرط بمعنى قاعدة فقهية وهي (لاعبرة للدلالة في مقام التصريح) ، فالعرف لايعتبر ولايكون حجة إذا كان هناك تصريح يخالف ماتعارف عليه الناس ،

١- العرف والعادة في رأي الفقهاء (٦٠).
٢- العرف والعادة في رأي الفقهاء (٦٥).
٣- الأشباه والنظائر (٩٦).
٤- نظرية العرف للخياط (٥٤) .
٥- العرف والعادة في رأي الفقهاء (٦٥).
٦- العرف والعادة في رأي الفقهاء (٦١) .

يقول الإمام عزالدين ابن عبدالسلام : كل مايثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل يقطع المنفعة لزمه ذلك ، ولو شرط عليه أن لايصلي الرواتب ، وأن يقتصر في الفرائض على الأركان ، صح ووجب الوفاء به لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز[١] .

المبحث الرابع : أثر العرف في المسائل الفقهية :

لا خلاف بين الأئمة على اعتبار العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية ، إذا ما تحققت فيه شروط اعتباره ، وكتب الفقهاء مليئة بالنصوص الدالة على اعتبارهم للعرف ، ورغم اتفاقهم على اعتباره إلا أنهم اختلفوا في فروع فقهية كثيرة مبناها على العرف وذلك إما لاختلاف العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه [٢] ، فما أعطاه كل فقيه من حكم لمسألة بناء على العرف المقارن لها في بلده مثلاً ثم تغير العرف فحكم فيها بحكم آخر فإن هذا لايعد خلافاً على الحقيقة لأن كل فقيه مطالب بتحكيم العرف في الوقائع ، وسأعرض بعض المسائل والفروع التي انبنت على الخلاف بين الفقهاء على وجه الإجمال :

المسألة الأولى : بيع المعاطاة :

صورة المسألة أن يدفع المشتري ثمن المبيع للبائع ، ويأخذ المبيع عن تراضٍ منهما دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول لفظاً .

اختلفوا في صحة هذا البيع :

١- ذهب أحمد رحمة الله عليه : إلى صحة هذا البيع مطلقاً ، قال ابن قدامة [٣] : (المعاطاة : مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه مايرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه ، فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد فيمن قال للخباز : كيف تبيع هذا الخبز ؟ قال : كذا بدراهم ، قال زنه وتصدق به ، فإذا وزنه فهو عليه.أهـ .

[١]- قواعد الأحكام في مصالح الأنام(١٥٨/٢) ط دار المعرفة .
[٢]- أثر الأدلة المختلف فيها(٢٨٤) .
[٣]-المغني لابن قدامة (٤٨١/٣) .

٢- وذهب الشافعية – على المشهور في المذهب – أنه لايصح البيع بالمعاطاة مطلقاً ، قال في المجموع : المشهور في مذهبنا أنه لايصح البيع إلا بالإيجاب والقبول ، ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير[١] .

٣- وذهب الكرخي من الحنفية إلى جواز هذا البيع في الأشياء الخسيسة ، كالبقل والبيض وماشابهه .

الأدلة :

١- عمدة القائلين بصحة هذا البيع العرف ، حيث إن البيع قد ورد الشرع بحله مطلقاً ، ولم يثبت أنه اشترط فيه لفظاً ولم يبين كيفيته فيرجع في ذلك إلى العرف .

قال ابن قدامة : (ولنا ، أن الله أحل البيع ، ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجودا بينهم ، معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما ، وأبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه ، مع كثرة وقوع البيع بينهم ، استعمال الإيجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا ، لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى ، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ، ولم يخف حكمه ؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا ، وأكلهم المال بالباطل ، وقال : ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه ، من المساومة والتعاطي ، قام مقامهما ، وأجزأ عنهما ؛ لعدم التعبد فيه[٢] .

٢- عمدة المشهور - في مذهب الشافعي رحمه الله تعالى - أن الشارع شرط الرضى لصحة البيع ، وهو أمر خفي لايعرف إلا بالإيجاب والقبول .

قال في مغني المحتاج : (وإنما احتيج في البيع إلى الصيغة ، لأنه منوط بالرضا لقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } ولقوله صلى الله عليه وسلم : { إنما البيع عن تراض } صححه ابن حبان .

---

[١]- المجموع (١٧١/٩) .

[٢]- المُغني (٤٨١/٣) .

والرضا أمر خفي لا يطلع عليه ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة ، فلا ينعقد بالمعاطاة إذ الفعل لا يدل بوضعه ، فالمقبوض بها كالمقبوض ببيع فاسد ، فيطالب كل صاحبه بما دفع إليه إن بقي ، وببدله إن تلف[١] .

المسألة الثانية : بيع الثمار بعد ظهور بعضها :

اختلفوا في ذلك :

١- ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه لايجوز ذلك ، سواء في الثمار التي لها أصول ثابتة ، كاتمر والعنب ، وما ليس له أصول ثابتة ، كالقثاء والبطيخ ، وهذا ظاهر المذهب عند الحنفية .

قال في الأم : وقت بيع جميع مايؤكل من ثمر الشجر : أن يؤكل من أوله الشيء ويكون آخره قد قارب أوله ، كمقاربة ثمر النخل بعضه لبعض ، فإذا كان هكذا حل بيع ثمرته الخارجة فيه مره واحدة ، والشجر منه الثابت الأصل كالنخل لايخالفه في شيء منه[٢] .

٢- وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى ماذهب إليه الجمهور – من القول بعدم الجواز خاصة فيما يمكن تمييز ظهور بعضه عن بعض ، وحجته في ذلك هي حجة الجمهور – على مايظهر من كلام كتب المذهب .

قال ابن رشد : بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي عن بيع مالم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة[٣] .

المسألة الثالثة : المعيار في أموال الربا :

الأصل أن المعقود عليه تجب مساواته للبدل إن كانا من الأموال الربوية واتحد جنسيهما ، والمساواة إنما تكون بالمعيار الشرعي ، وهو الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن ، فلا يجوز التساوي بالوزن فيما يكال ولا بالكيل فيما يوزن ، وهذا ما لا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة[٤] .

---

[١]- مغني المحتاج (٧/٢) .
[٢]- الأم للشافعي (٥٦/٣) .
[٣]- بداية المجتهد (١٤٨/٢) .
[٤]- العرف والعادة في رأي الفقهاء(١٤٠) .

وإنما اختلفوا في تعيين المعيار في كل مال من أموال الربا :

١- ذهب أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن وأبو يوسف في رواية عنه ، إلى أن ما نص الشارع على أنه مكيل فهو مكيل أبداً ، ومانص على أنه موزون فهو موزون أبداً ، كالأشياء الستة : الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح ، ومالم ينص الشارع عليه فالمعتبر فيه ما جرى به عرف الناس في الأسواق في كل بلد[١] .

٢- وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى ، إلى أن ماغلبت عادة الحجاز بكيله أو وزنه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو كذلك أبداً وإن أحدث الناس عرفاً على خلافه .

٣- وذهب أبو يوسف رحمه الله تعالى ، إلى أن المعتبر هو عرف الناس في المنصوص عليه وغيره .

قال في الهداية : وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً .

حجة الجميع في المواطن التي قالوا يرجع فيها إلى العرف أن المعهود من الشرع في كل مالم يرد فيه حد معين أنه يرجع إلى العرف ، كالقبض والإحراز والتفريق وغيره ، لأن العرف يكون بمنزلة الإجماع عند عدم النص ، ولاسيما إذا كان عاماً .

وإنما اعتبر العرف فيما لم ينص عليه ، اتباعاً للمعهود من الشريعة أن مالم يرد فيه حد معين فالمرجع فيه إلى العرف كام في المالية ، ولأن العرف المثبت للمعيار إذا كان عاماً كان إجماعاً وهو حجة[٢] .

---

[١]- العرف والعادة في رأي الفقهاء(١٤٠) .
[٢] العرف والعادة في رأي الفقهاء(١٤١) .

الخاتمة

الحمد لله الكريم الجواد الوهاب الذي منّ علينا بإتمام هذا البحث في العرف ، حقيقته وحجيته وأثره في الفروع ، وفي ختامه أذكر بعض النتائج والتوصيات :

النتائج والتوصيات:

١- إن العادات والأعراف لما كانت ذات صلة شديدة بنفوس البشر ، فإن الشارع راعاها في الحدود التي يترتب عليها رفع الحرج وتحقيق مصالح العباد .

٢- أن الأعراف لما كانت عائدة إلى ماتستحسنه العقول لم يكن من الصواب القول بتحكيمها فيما عدا ذلك مطلقاً .

٣- أن الأعراف والعادات المعارضة للنصوص الشرعية لا اعتداد بها إلا إذا كانت كاشفة عن انتهاء العلة أو زوالها ، وما زالت علته لم يبق حكمه فلا معارضة .

٤- أن العرف الذي يتحقق به الاستحسان ليس معارضاً للنصوص والقواعد الشرعية ، بل هو في هذا المجال يكشف عن انتهاء العلة في الجزئيات المتعارف عليها .

٥- إن القيود المذكورة للاعتداد بالعرف لا تعارض رفع الحرج ، بل اعتبارها كان لتحقيق هذا الغرض نفسه ، لأن العادات والأعراف التي لا تلائم الشريعة لابد أن تكون متضمنة للمفاسد سواء كانت واضحة أو خفية غير واضحة للعباد .

٦- ضرورة التمييز بين النصوص الشرعية المطلقة ذات الوحي الإلهي المعصوم، التي لا تخضع بحال لتقلبات الزمان وتغيرات الأحوال، وبين اجتهادات العلماء ومحاولاتهم في فهم تلك النصوص. فالنصوص مطلقة مفارقة لكل عوامل الزمان والمكان والظروف الاجتماعية والعرفية .

٧- النصوص الشرعية جاءت لتكون حاكمة على واقع الناس وأعرافهم، مهذبة ومصححة لها ، فمراعاة المجتهد لأعراف بيئته ومجتمعه لا ينبغي أن يحيد به عن أهمية المحافظة على إطلاقية النصوص ، ونسبية أعراف بيئته المتغيرة .

٨- أهمية احترام الموروث الفقهي والوقوف منه موقف التقدير للجهود والهائلة التي بذلها العلماء السابقون رحمهم الله، مع الإيمان بإنسانية تلك الجهود، وإمكانية جريان الصواب والخطأ عليها، فالعصمة والإطلاقية للنصوص المطلقة المفارقة للمكان والزمان .

فهرس أهم المصادر والمراجع

كتاب : العرف والعادة في رأي الفقهاء

المؤلف : أحمد فهمي أبو سنه (المتوفى : ٢٣/٧/ ١٤٢٤هـ)

الناشر : مطبعة الأزهر (١٩٤٧)

كتاب : مجموعة رسائل ابن عابدين (الجزء الثاني / رسالة نشر العرف)

المؤلف : محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الشهير بابن عابدين رحمه الله

كتاب : قاعدة العادة محكمة (دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية)

المؤلف : د. يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين

الناشر : مكتبة الرشد

الطبعة : الثانية

كتاب : قواعد الأحكام في مصالح الأنام

المؤلف : ابي محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام (ت : ٦٦٠)

الناشر : دار المعرفة

كتاب : القواعد الفقهية الكبرى

المؤلف : صالح بن غانم السدلان

الناشر : دار المأثور

كتاب : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي

المؤلف : د. مصطفى ديب البغا

الناشر : دار الإمام البخاري

الطبعة : الأولى

كتاب : الأشباه والنظائر

المؤلف : عبدالرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي (ت : ٩١١هـ)

الناشر : دار الكتب العلمية

الطبعة : الأولى

كتاب : لسان العرب

المؤلف : محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل ، ابن منظور (ت: ٧١١هـ)

الناشر : دار صادر

الطبعة : الثالثة

فهرس الموضوعات

تم بحمد الله